III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

ANTONIO CARLOS DA PONTE

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Carlos da Ponte; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-332-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado "DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II" do III Encontro Virtual do CONPEDI (IIIEVC), com a temática "Saúde e segurança humana para a sustentabilidade e cidadania", promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio da UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba, em evento realizado entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP, tendo em vista o momento mundial de pandemia e isolamento social imposto pelo COVID19.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito material e processual penal, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

O primeiro artigo teve como título a "TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE: A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL", do autor André Eduardo Detzel.

O segundo artigo "SANÇÃO POLÍTICA NA DEFINIÇÃO DE DEVEDOR CONTUMAZ E SUA REPERCUSSÃO NO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: O CASO DA LEI Nº 17.354/2020 DO ESTADO DO CEARÁ" da lavra dos autores Fernando Augusto de Melo Falcão e Leticia Vasconcelos Paraiso.

"RESPONSABILIDADE CARCERÁRIA: O DEVER DE AÇÃO ESTATAL DIANTE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO", terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Nathan Castelo Branco de Carvalho, Adriel Adrian Gomes e Júlia Santos Alves Prata.

O quarto texto, com o verbete “O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DAS ESPECIFICIDADES DO GÊNERO: UMA ANÁLISE DOS HABEAS CORPUS COLETIVOS 165.704 E 143.641”, de autoria de Amanda Castro Machado e Gabriel Salazar Curty.

O quinto texto, da lavra do autor Thales Dyego De Andrade Coelho, é intitulado “O “PACOTE ANTICRIME” (LEI Nº 13.964/2019) E AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: OXIGENAÇÃO ACUSATÓRIA?”.

No sexto artigo intitulado “O ESPELHAMENTO VIA WHATSAPP WEB E DIREITOS CONSTITUCIONAIS EM RISCO: COMO A LICITUDE DA PROVA É JUSTIFICADA NOS TRIBUNAIS”, de autoria de Bianca Kaini Lazzaretti e Eleonora Jotz Pacheco Fortin.

O sétimo texto da coletânea, da autora Lisiane Junges, aprovado com o verbete “REGISTRO AUDIOVISUAL DO DEPOIMENTO ESPECIAL E PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES”.

“O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO PEÇAS DO MACROSSISTEMA PUNITIVO E A REJEIÇÃO AO BIS IN IDEM” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Alexandre Magno Augusto Moreira.

O nono artigo foi denominado “NEGOCIAÇÃO CRIMINAL AMBIENTAL COM VISTAS À SUSTENTABILIDADE” pelos autores Cassio Marocco, Andréa de Almeida Leite Marocco e Duliana de Sousa Lopes Kerber.

No décimo artigo intitulado “MARCOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE ESTADO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DE JULGADOS NO CONTEXTO DE (NÃO) AFIRMAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS”, os autores foram Thiago Allisson Cardoso De Jesus e Amanda Passos Ferreira.

O décimo primeiro artigo com o título “DO CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: ANÁLISE DO SIMBOLISMO PENAL NA CRIAÇÃO DA LEI Nº 14.064 DE 2020”, dos autores Maria Luísa Brasil Gonçalves Ferreira e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

O décimo segundo artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E O SISTEMA CARCERÁRIO: REINCIDÊNCIA CRIMINAL E A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO E DEMAIS AÇÕES DO ESTADO PARA O PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO” da lavra dos autores Eloy Pereira Lemos Junior, Joanes Otávio Gomes e Ronan Angelo De Oliveira Pereira.

“CRIPTOEVASÃO DE DIVISAS: OPERAÇÕES COM CRIPTOATIVOS E O DELITO DO ART. 22 DA LEI Nº 7.492/1986”, décimo terceiro da coletânea, é o trabalho do autor Bruno Felipe de Oliveira e Miranda.

O décimo quarto texto, com o verbete “A SONEGAÇÃO FISCAL COMO CRIME ANTECEDENTE DA LAVAGEM DE DINHEIRO”, de autoria de Manoel Augusto Rocha Rodrigues Elache Coelho e Bruna Azevedo de Castro.

O décimo quinto texto, da lavra do autor Fabiano Justin Cerveira, é intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA”.

No décimo sexto artigo intitulado “A UTILIZAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS COMO FORMA DE EVITAR A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E GARANTIR OS DIREITOS HUMANOS”, de autoria de Priscila Reis Kuhnen, Lenice Kelner e Nicole Tereza Weber.

O décimo sétimo texto da coletânea, dos autores Eduardo Ritt, Caroline Fockink Ritt e Eduardo Fleck de Souza, aprovado com o verbete “A (IN)APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO COM RESULTADO VIOLENTO”.

“A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NOS CASOS QUE ENVOLVEM PEQUENA DIFERENÇA DE IDADE ENTRE VÍTIMA E ACUSADO(A)” é o título do décimo oitavo texto da coletânea, com autoria de Bruna Vidal da Rocha e Dani Rudnicki.

O décimo nono artigo foi denominado “A INTERVENIÊNCIA DO DIREITO PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A VULTUOSIDADE DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL” pelos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Camila Gomes De Queiroz.

E o vigésimo texto, intitulado “A NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA: A IMPORTÂNCIA DA COMPLEMENTAÇÃO POR FONTES ESTADUAIS E MUNICIPAIS NA SOCIEDADE DE RISCO”, dos autores Aurora de Alexandre Magno Augusto Moreira e Jean Colbert Dias.

O vigésimo primeiro artigo com o título “A LEI 14.133/2021 E OS CRIMES DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, do autor José Antonio Remedio.

O vigésimo segundo artigo “A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO” da lavra do autor David Kerber De Aguiar.

“A CRIAÇÃO DE NOVOS TIPOS PENAIS VIA INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS”, vigésimo terceiro da coletânea, é o trabalho da autora Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque.

O vigésimo quarto texto, com o verbete “ANÁLISE DA CULPABILIDADE NO HOMICÍDIO QUALIFICADO”, de autoria de Ronaldo David Guimaraes.

O vigésimo quinto texto, da lavra das autoras Kátia Alessandra Pastori Terrin e Janaina Braga Norte, é intitulado “AS SANÇÕES E A DOSIMETRIA DA PENA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”.

No vigésimo sexto artigo, e último, intitulado “DIREITO COMPARADO: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA BRASILEIRA E PRIMEIRO INTERROGATÓRIO PORTUGUÊS”, de autoria de Catarini Vezetiv Cupolillo, Sandra Negri e Carlos Eduardo Freitas de Souza.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca por direitos e garantias fundamentais na esfera criminal. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito material e processual penal contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema brasileiro e internacional.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca

da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

02 de julho de 2021.

Professor Dr. Antônio Carlos da Ponte

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho

acdaponte@uol.com.br

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Escola Superior Dom Helder Câmara

lgribeirobh@gmail.com

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzf@fumec.br

MARCOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE ESTADO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DE JULGADOS NO CONTEXTO DE (NÃO) AFIRMAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS.

JURISPRUDENTIAL MARKS OF THE FEDERAL SUPREME COURT IN MATTERS OF THE STATUS OF INNOCENCE: AN ANALYSIS OF JUDGMENTS IN THE CONTEXT OF (NON) AFFIRMATION OF INDIVIDUAL FUNDAMENTAL GUARANTEES.

Thiago Allisson Cardoso De Jesus
Amanda Passos Ferreira

Resumo

Marcos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal em matéria de estado de inocência: uma análise de julgados no contexto de (não) afirmação das garantias fundamentais individuais. Discute o Estado de Inocência, regra de tratamento processual, inerente ao indíviduo em conflito com a lei penal, previsto no art. 5º, inciso LVII, na ambiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Analisa o entendimento firmado pelo STF, por meio do habeas corpus 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, a última que fixou o posicionamento do STF pela não possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância.

Palavras-chave: Stf, Estado de inocência, Jurisprudência

Abstract/Resumen/Résumé

Jurisprudential marks of the Federal Supreme Court in matters of the status of innocence: an analysis of judgments in the contexto of (non) affirmation of individual fundamental guarantees. Discuss the Status of Innocence, rule of procedural treatment, inherent to the individual in conflict with the criminal law, provided for in art. 5, item LVII, in the jurisprudential ambience of the Federal Supreme Court. It analyzes the understanding signed by the STF, through habeas corpus 126,292 and Constitutionality Declaratory Actions, the last that established the STF's position for not being able to carry out the sentence after the second instance conviction.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Stf, Innocence, Jurisprudence

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 conhecida como a Constituição Cidadã por ter sido elaborada no processo de redemocratização que o Brasil iniciou após o encerramento da ditadura militar (1964 a 1985) prevê uma série de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, que norteiam o processamento criminal brasileiro. Atualmente, no contexto pós-88 vive-se no Brasil um paradoxo entre o Estado Democrático de Direito e a (in)efetividade das garantias fundamentais na conjuntura judiciária.

Nesse interim, faz-se necessário o estudo acerca da efetividade da Garantia Fundamental do Estado de Inocência na atuação do Supremo Tribunal Federal pós-88, elencando-se como problema de pesquisa: Em que medida as decisões do STF estão comprometidas com o núcleo essencial do estado de inocência?

Do exposto, remanesce a hipótese de que a garantia fundamental do Estado de Inocência deve ser tida como elemento condutor do devido processo legal criminal, no entanto, verifica-se que a instabilidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ante os julgamentos do HC 126/292 e ADC 43, 44 e 54 ocasiona insegurança jurídica

O STF, incumbido para salvaguardar a observância das normas constitucionais, termina por amoldar-se a um somatório de posicionamentos em temas e campos diferentes do direito (RECONDO, 2019). Nesse contexto, o tabalho analisa no contexto das decisões judiciais criminais proferidas pelo STF as bases epistemológicas que norteiam as decisões dos ministros e as conformidades com a Constitição, bem como os efeitos e repercussões do Estado de Inocência no Ordenamento Brasileiro após o julgamento do HC 126.292 e ADC 43, 44 e 54 pelo STF, perscrutando acerca das inferências do EI como regra de tratamento no processamento criminal.

A presente pesquisa possui caráter exploratório, de abordagem predominantemente qualitativa, com uso de técnicas de pesquisa bibliográfica (LAKATOS, 2003) e documental (GIL, 2002). Desse modo, fez uso das técnicas de análise do discurso (FOUCAULT, 2013) e de conteúdo (BARDIN, 2011), tendo em vista as eventuais desconformidades constitucionais nas decisões que serão analisadas, colacionando a natureza garantista da Constituição de 1988.

A decisão do HC 126/292, que por maioria dos votos concluiu que o início da execução a pena condenatória poderia se dar em sentença proferida pelo segundo grau, o que flexibilizou o Estado de Inocência, caminhando em desarmonia com a redação do

artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República, que versa notadamente que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", mais tarde em novembro de 2019 o Supremo ' em sede de ADC nº 43, 44 e 54, a desconformidade da prisão em segunda instância com o dispositivo Constitucional. Tal instabilidade jurisprudencial provoca insegurança jurídica, haja vista que as decisões do STF servem como padrão para as decisões dos demais Tribunais brasileiros.

Nessa esteira, o presente artigo justifica-se como contributo às análises das decisões judiciais criminais proferidas pelo STF, com a pretensão de observar em que medida e qual o grau de proximidade que guardam o texto constitucional, tendo por base a efetividade do Estado de Inocência, regra de tratamento, que assegura ao imputado tratamento análogo ao de inocente, até sentença condenatória irrecorrível.

2 PONDERAÇÕES ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO ESTADO DE INOCÊNCIA E A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.

Neste trabalho opta-se pelo emprego da expressão "estado de inocência", em razão de ser um estado inerente ao ser humano, de acordo Nereu Giacomolli (2017) o conteúdo das expressões "presunção de inocência" e "presunção da não culpabilidade" reduz o alcance da regra humanitária do *status libertis.*

A teoria acerca da distinção entre princípios e regras irrompe do entendimento de Ronald Dworkin (2007), o qual depreende que as regras possuem uma dimensão de validade, em contrapartida os princípios tem uma dimensão de peso.

No que tange as regras, Dworkin (2007) afirma que devem ser analisadas no plano de validade, sendo aplicáveis na forma de tudo ou nada, conforme o trecho:

> Nesse viés, em ocorrendo os fatos previstos por uma regra válida, a resposta por ela dada deve ser aceita (ela deve ser aplicada). Segundo o autor "[…] as regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida […]" (DWORKIN, 2007)

Dworkin (2007) aborda que os princípios possuem, diferentemente das regras, uma dimensão de peso, isso inevitavelmente, levará a uma controvérsia acerca do melhor caminho a ser seguido, ele compreende que, é função do intérprete do direito, observar qual deles terá uma precedência em relação ao outro, através de uma ponderação, alude que:

> […] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular

> é mais importante que a outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quão importante ele é" (DWORKIN, 2007)

Na visão do filósofo alemão Robert Alexy (2008) é importante destacar o que o autor entende como um direito carreado de um terceiro aspecto, isto é, não obstante as teorias positivistas separarem o direito e a moral, mediante um conceito de direito com validade puramente formal, confirmada pela legalidade em conformidade com o ordenamento, teorias não-positivistas tendem a vincula-los, é o entendimento do autor:

> "o direito é um sistema de normas que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consistindo na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição geralmente eficaz e que não são extremamente injustas, bem como à totalidade das normas promulgadas de acordo com esta Constituição, que possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e não são extremamente injustas a qual (3) pertencem princípios e outros argumentos normativos nos quais se apoia o procedimento de aplicação do Direito e/ou tem que se apoiar a fim de satisfazer a pretensão da correção" (ALEXY, 2008)

Segundo Alexy (2008), a diferença entre regras e princípios residiria na estrutura e no modo de aplicação de cada tipo normativo, nesse sentido, as garantias estabelecidas diretamente pelas disposições de direitos fundamentais devem ser compreendidas como princípios, desse modo entende-se que princípios não são absolutos e podem sofrer flexibilizações ante a cobrança de efetividade do sistema.

Para o autor a distinção entre as regras e princípios é um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade do âmbito dos direitos fundamentais. Alexy (2008) aduz que: "não faltam indícios de que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais, tendo em vista que geralmente as normas de direitos fundamentais são caracterizadas como princípios".

Ademais, os princípios costumam ser sublinhados de maneira menos direta, são influenciados por valores, ao passo que as regras afirmam que o disposto na Constituição deve ser respeitado e seguido.

De acordo com o critério da generalidade (ALEXY, 2008) os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Outro critério discutido é a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento, ou seja, por meio da diferenciação entre normas criadas e normas desenvolvidas, o caráter explicito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica.

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, são considerados no entendimento de Alexy (2008), mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados, enquanto as regras são normas que não admitem sopesamento, assim, se uma regra vale, então deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos.

Para Ávila (2015) essa distinção baseada no grau de abstração e generalidade é bastante difundida na doutrina do Direito Público, e ela tem provocado duas inconsistências: uma semântica e outra sintática, o autor explicita que: "A inconsistência semântica está na impropriedade da definição de princípio com base no elevado grau de abstração e generalidade, e a principal crítica contra essa ideia é a de que toda norma, porque veiculada por meio da linguagem, é, em alguma medida, indeterminada, com base em algo que é comum a todas elas – a indeterminação."

Afirma ainda que a inconsistência semântica traz implicações no plano sintático: muitos autores que definem os princípios como aquelas normas portadoras de propriedades específicas (elevado grau de abstração e generalidade) insistem em qualificar de princípios normas que não têm aquelas propriedades. (AVILA, 2015)

Diante do exposto, entende-se que o estado de inocência não é meramente um princípio, mas sim uma regra que representa dever de tratamento, portanto, não reconhece qualquer hipótese de sopesamento ou flexibilização.

O estado de inocência se manifesta, basicamente, de dois modos autônomos, mas inter-relacionados: norma de julgamento e de tratamento. (GIACOMOLLI, 2017) que consiste em: a) como norma de julgamento exige prova incriminadora suficiente a um juízo condenatório. Quando a prova não for insuficiente à configuração de todos os elementos da conduta criminosa, prevalece o estado de inocência, o qual somente será afastado ao final do processo; b) Como norma de tratamento, o estado de inocência exige que a pessoa seja tratada como inocente durante toda a persecução penal, até que advenha sentença penal condenatória transitada em julgado. Aplica-se às fases pré-processual e processual, em todas as instâncias, até a declaração de trânsito em julgado para o réu.

Conforme a compreensão de Beccaria (2015):

> Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado os pactos com os quais tivera de acordo. Qual o direito a não ser o da força, que autoriza um juiz aplicar a pena para um homem enquanto não tenha a certeza de que é culpado ou inocente?

Nesse sentido, a natureza jurídica do Estado de Inocência indica que este não corresponde a um mandamento de otimização, que pode ser aplicado em diferentes graus. Na verdade, a sua estrutura lógica impõe que a aplicação se dê no parâmetro do tudo ou nada.

Assim, o Estado de Inocência afirma-se como regra de tratamento que irá vigorar a favor do indivíduo até sentença condenatória irrecorrível, não admitindo tratamento análogo ao de culpado durante o processamento criminal e nem fora dele.

Constata-se que o estado de inocência axiologicamente perpassa o conceito de princípio, é um tratamento a ser dispensado ao acusado, pelo fato de ser um estado inerente ao indivíduo de que este irá vigorar a seu favor durante todo o processamento criminal, até sentença transitada em julgado.

A CRFB/88 ao destacar que "ninguém será considerado culpado" determina um regramento a ser adotado sem qualquer tipo de sopesamento ou flexibilização, isto é, a Constituição proíbe que o Estado e a sociedade tratem alguém como culpado antes do transito em julgado de sentença condenatória.

Sob a ótica técnica jurídica o estado de inocência deve ser utilizado como regra de tratamento, prevalecendo sobre qualquer dúvida acerca dos fatos relevantes para a decisão, portanto o processo deve manter a Constituição como parâmetro.

3 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS JULGADOS DO STF EM MATÉRIA DE ESTADO DE INOCÊNCIA

Previamente, é necessário compreender o mérito das ações em apreço, considerando os aspectos relevantes do julgamento do Supremo Tribunal Federal, bem como o judiciário. Portanto, nesta pesquisa, foram analisados, mais a fundo, os votos dos ministros, em especial os ministros relatores, observando os principais fundamentos utilizados para descrever o posicionamento, bem como os parâmetros adotados e os critérios para concretização ou restrição do Estado de Inocência nos principais julgados do STF que versem sobre a execução antecipada da pena. Assim sendo, cada votação foi descrita com base nessas categorias para apontar sistematicamente. Passa-se à análise dos votos.

3.1 Habeas Corpus nº 84.078/MG

Antes de adentrar na análise da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 acerca da execução da pena após condenação em sede de segundo grau, é necessário evocar o ano de 2009, no qual houve o julgamento do *Habeas Corpus*

84.078/MG, que modificou o entendimento de que era possível iniciar a pena privativa de liberdade antes da sentença transitada em julgado.

Em breve síntese o HC 84.078 tratava-se de *habeas corpus* impetrado por Omar Coelho, condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicilamente fechado, pela prática de crime previsto no art. 121, §2º, incisos I e IV, c/c art. 14, inciso III, alínea c e d (Tentativa de homicidio qualificado) do Código Penal, com pedido de liminar, em face do STJ que denegou o HC, assim diz a ementa:

> HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do status libertatis do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada.

No Brasil até o ano de 2009, os tribunais em geral, incluindo o STF e o STJ, geralmente admitiam a execução provisória da pena em sede de segunda instância, embora houvessem decisões em sentido contrário, a regra era a execução provisória. O embate levantado pelo impetrante pautava-se nos fundamentos da prisão cautelar, logo os elementos que levaram à prisão preventiva do paciente foram retirados, por conseguinte a prisão do réu, pois de acordo com o voto vencedor, se tratava de execução antecipada da pena.

O Ministro relator Eros Grau, utilizou como argumento para fundamentar seu voto, três dispositivos legais, dentre os quais, o artigo 637 do Código de Processo Penal, o artigo 105 da Lei Execuções Penais e o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988.

De acordo com o ministro para haver execução da pena é indispensável a certidão condenatória com trânsito em julgado, que valerá como títutlo executivo judicial, conforme o art. 164 da Lei de Execuções Penais. Consequentemente a execução da pena privativa de liberdade estaria condiconada ao transito em julgado de sentença penal condenatória, para Eros Grau a Lei de Execuções Penais se sobrepõe ao art. 637 do Código de Processo Penal, temporal e materialmente. [1]

[1] Destaca-se o presente trecho: "Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP." (Brasil, 2009, p. 8)

Tendo em vista que é vedada a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da sentença, não há razão para executar a pena privativa de liberdade, uma vez que esta é claramente mais grave que a primeira.

No que concerne à pena restritiva de direito, o ministro aduz que ambas as Turmas da Corte vêm interpretando o art. 147 da Lei de Execução à luz da Constituição, em que afastam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado, portanto é importante destacar trecho do argumento utilizado pelo ministro:

> Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas. (Brasil, 2009, p. 11)

Assim, o ministro chama a atenção do Supremo Tribunal Federal quanto à pressão social e midiática para exigir penas mais severas e imediatas, alertando que tais anseios não correspondem a um estado democrático de direito como o nosso, em suas palavras:

> **Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais.** é bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente nos conduz ao "olho por olho, dente por dente". Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto estamos aqui. (Brasil, 2009, p. 2)

Desse modo, é possível constatar que o entendimento majoritário adotado no HC 84.078/MG denota a devida observância do estado de inocência, nos termos do art. 5º, inciso LVII da CRFB/88.

3.2 Habeas Corpus nº 126.292/SP

O emblemático *habeas corpus* fora impetrado por Maria Claudia de Seixas em favor do paciente Marcio Rodrigues Dantas, que foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de roubo majorado, previsto no art. 157, §2º, inciso I e II, do Código Penal. O relator indeferiu o pedido liminar para que o recorrente aguardasse em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória, *in verbis:*

> Quinta e Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é descabido o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289/508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 228.757/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator.

O julgamento do HC nº 126.292/SP, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, trouxe uma impactante alteração à Jurisprudência do STF, em que por sete a quatro, nos termos do voto do relator, consolidou o entendimento no sentido de que a execução penal provisória de acórdão proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso, não compromete o estado de inocência.

Lênio Streck (2016) afirmou que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do referido HC, teria reescrito a Constituição da República, assim, aniquilado a garantia fundamental da presunção de inocência, já que este julgamento teria se revelado um equívoco, haja vista que o Alto Pretório havia julgado inconstitucional o texto da Constituição.

Para Streck (2016) a decisão do STF é resultado de controle de constitucionalidade incidental, tendo em vista que a matéria foi levada ao Plenário. Contudo, aduz que não houve declaração incidental, porque foi uma interpretação da Constituição e até então não há dispositivo do Código de Processo Penal declarado inconstitucional.

O Ministro Relator do HC 126.292/SP, Teori Zavascki, elencou cinco argumentos para alegar a constitucionalidade da execução antecipada da pena, sendo o principal de que nas instâncias ordinárias é que se exaure a possibilidade exame de fatos e provas. No entanto, trânsito em julgado e exaurimento de provas e fatos são etapas processuais totalmente diferentes.

Teori Zavascki mencionou a Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), julgada constitucional, a qual alterou o art. 1º da lei complementar 64/1990, consagrando expressamente como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por

crime nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. Nessa senda, cumpre destacar a diferença na aplicabilidade da garantia do estado de inocência na esfera criminal e eleitoral, considerando os diversos critérios e parâmetros constitucionais.

O ministro utilizou-se do Direito Comparado, citando a ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886, de 28/10/2005, em que "em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema", assim, menciona a Alemanha, Argentina, Canadá, Espanha, Estados Unidos, Inglaterra e Portugal.

Apesar da garantia do estado de inocência encontrar-se prevista no Pacto de São José da Costa Risca e Convenção Europeia de Direitos Humanos, constatou-se que dos países referenciados apenas Portugal e Argentina, tratam da garantia em sua Constituição, enquanto Alemanha[2], Inglaterra[3] e Estados Unidos[4] não fazem qualquer menção à garantia do Estado de Inocência em seus textos constitucionais.

Desse modo, observa-se que as Constituições dos países mencionados pela referida ministra não possuem qualquer semelhança com a Constituição do Brasil, portanto a análise comparada mostra-se inadequada, ante as notórias distinções legislativas.

Para Streck (2018) o grande problema é que, por ocasião do julgamento do HC 126.292, A Suprema Corte operou uma verdadeira alteração do texto constitucional, curiosamente em um caso comum – que sequer se enquadra naquilo que pode ser considerado como uma exceção – po meio do qual buscou repristinar a jurisprudência tradicional, sob o álibi da efetvidade processual.

Outro argumento trazido pelo ministro aborda o sentimento de impunidade que causa a proteção para o início da execução da pena, dispôs de acordo com os termos do

---

[2] O ministro Gilmar Mendes, em seu voto proferido no julgamento do HC 126.292/SP, explica que na Alemanha há norma expressa no Código de Processo Penal (Strafprozeßordnung) aduz que as "sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado". Com a finalidade de compatibilizar a presunção de inocência com a prisão antes do trânsito em julgado, a jurisprudência alemã tem exigido a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva. Posicionamento compatível com o que sempre entendeu a jurisprudência e doutrina majoritária.

[3] O 'criminal justice act 2003' representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à 'hight court' versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da 'crown court'. (…)

[4] Embora os EUA tenha assinado o tratado do Pacto de São José da Costa Rica, na prática não o ratificou em sua Constituição.

HC 72.366/SP, que a condenação em sede de sentença, caracterizaria forte indicio de culpabilidade.

Assim afirmou Teori Zavascki:

> A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior.

Diante da afirmação do ministro, questiona-se: "se no posicionamento do próprio STF, as instâncias acima da primeira são apenas instâncias revisoras, minimizando a possibilidade de reanálise, retirando a importância, ao passo que salienta que já na sentença fica superada a presunção da inocência, como se não houvesse possibilidade de mudança, qual seria a serventia das instâncias superiores?" (NASCIMENTO, 2019)

Nessa senda, Streck (2016) utiliza o termo "Zavascki contra Zavascki" em que aponta o voto na Recl. 2.645, que diz: não se admite que seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo *"sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade".* Ou seja, não se pode deixar de aplicar um texto normativo, sem antes declarar formalmente a inconstitucionalidade, logo, Streck afirma que o artigo 283 do CPP continua válido, portanto, aplicável.

Na contramão do relator, a Ministra Rosa Weber, votou contra a condenação após a prisão em segunda instância, empregou o argumento do princípio da segurança jurídica e assim acompanhou os votos de Eros Grau e Marco Aurélio, que optaram pela interpretação literal da lei.

Seguindo basicamente a mesma linha interpretativa o ministro Ricardo Lewandoswki baseou-se em Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhaes Filho, assim rebateu o voto do relator ao aduzir que:

> Eu me recordo que, daquela feita, naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau, com muita propriedade ao meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência.

Vale ressaltar que embora esteja prevista a indenização em casos de prisão indevida, não existe indenização que repare os prejuízos que são causados a um apenado

e que se estendem ao seu grupo familiar, não há valor monetário que seja capaz de recuperar o tempo perdido, bem como as cicatrizes psíquicas e físicas, portanto é necessário que seja assegurado ao indivíduo em conflito com a lei penal as garantias fundamentais básicas, apesar de diversas vezes infringidas, até sentença penal condenatória transitada em julgado.

3.3 Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54

As ADC's tiveram por objeto a discussão acerca da possibilidade da prisão após segunda instância, jurisprudência sedimentada pelo STF desde 2016, em que ao julgar o HC 126.292, entendeu a possibilidade da execução provisória da pena após confirmação da condenação em segunda instância, violando o entendimento contido na Constituição da República, acerca da garantia do estado de inocência, prevista no art. 5º, inciso LVII.

A mitigação da garantia com o julgamento do HC 126.292 ocasionou em um profundo debate acerca das motivações jurídicas, sociais e políticas que levaram a Corte a tal decisão, ocorre este entendimento foi o ponto de partida, logo os Tribunais do Brasil desencadearam à prática de expedir mandados de prisão de maneira automática, tendo como fundamento a decisão da Corte.

No entanto, verifica-se controvérsia entre o entendimento sedimentado pelo Supremo e o disposto do Código de Processo Penal, que em seu artigo 283 dispõe que:

> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

Nessa senda, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44, apontando a existência de controvérsia constitucional relevante acerca do preceito, em que requereram a suspensão das execuções em trâmite no país.

O julgamento foi de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que se posicionou contrário à possibilidade de execução provisória da pena, utilizando como fundamentação o teor do artigo 5º, inciso LVII, da CRFB.[5]

---

[5] Quanto ao teor do art. 5º, inciso LVII, da CRFB o Ministro entende que "O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema

Marco Aurélio apontou em seu voto, o entendimento quanto à exceção em situações individualizadas, nas quais, concluiu pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal, que trata das hipóteses de possibilidade de prisão preventiva, destaca-se trecho do voto:

> O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, observada a situação veiculada: pretende-se a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da Constituição Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável. (Brasil, 2019, p.21)

Diante disso, George Sarmento (2008) aduz quanto a necessidade de cristalizar a presunção de inocência como um direito fundamental multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento.

O Min. Relator sustenta que não merece prosperar a distinção entre as situações de inocência e não culpa, isto é, a execução da pena fixada por meio da sentença condenatória pressupõe a configuração do crime, ou seja, a verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Assim entende Gustavo Badaró:

> É dizer, o implemento da sanção não deve ocorrer enquanto não assentada a prática do delito. Raciocínio em sentido contrário implica negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito. (Badaró, 2015, p. 57)

Em seu argumento que trata a respeito da superlotação dos presídios, destacada pelo Pleno ao apreciar medida liminar postulada na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, de relatoria do próprio ministro, cujo acórdão fora publicado no Diário de Justiça, no qual constatou-se exorbitante número de cidadãos recolhidos provisoriamente, destaca ainda a inversão da ordem natural para prender e, depois, investigar. [6]

Sobre a pena restritiva de liberdade é notável o que Bitencourt (2007) ilustra:

> [...] a pena privativa de liberdade, que atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, enfrenta sua decadência antes mesmo que este século se firme. Mas as reprovações, pelo menos no seu inicios, fazem-se somente contra as penas de curta duração e tiveram seu marco fundamental com o Programa de Marburgo de Von Liszt, em 1882. Sua incapacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, sua carência de eficácia intimidativa diante do delinquente entorpecido, o fato de retirar o réu de seu meio de vida, obrigando-

---

penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória". (Brasil, 2019, p. 20)

[6] Trecho destacado: "[...] a salientar a malversação do instituto da custódia cautelar e, consequentemente, a inobservância do princípio da não culpabilidade. Inverte-se a ordem natural para prender e, depois, investigar. Conduz-se o processo criminal com automatismo incompatível com a seriedade do direito de ir e vir dos cidadãos." (BRASIL, 2019, p. 24)

> o a abandonar seus familiares e os estigmas que a passagem pela prisão deixam no recluso são alguns dos argumentos que apoiam os ataques que se iniciam no seio da União Internacional de Direito Penal.

Assim, em contraposição ao caráter pragmático da decisão tomada no HC 126.292, o relator Celso de Melo pondera que não se trata da previsão do princípio da presunção de inocência a causa da ineficiência da jurisdição penal e do sentimento de impunidade que permeia o meio social. No entanto, a resolução desses problemas não está na supressão de direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, tal qual o caso do estado de inocência. Vê-se que, a relativização do princípio da presunção de inocência revela marcas de regimes totalitaristas e autoritários, em que vigoravam a presunção da culpa.

A garantia de ser tratado como inocente até a sentença final de uma condenação criminal é assegurar que nenhuma medida que restrinja a liberdade individual seja aplicada precipitadamente.

No campo do direito penal é basicamente impossível de reparar os danos sofridos por pessoas afetadas pelos erros em razão das decisões tomadas de modo precipitado, haja vista que ninguém pode devolver o tempo perdido aos apenados injustamente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento da Constituição de 1988 representou um grande marco para a instalação de um Estado Democrático de Direito no Brasil, trazendo assim as garantias processuais penais com status de direito fundamental. Dentre as quais o Estado de Inocência. Apesar da Constituição explicitamente garantista, na seara penal ainda ocorrem debates entre as visões garantistas e punitivistas, e assim, observa-se que o momento histórico-político brasileiro tem forte influência no entendimento do judiciário.

A execução antecipada da pena privativa de liberdade e o posicionamento instável do Supremo Tribunal Federal, acarretam em intensas discussões, haja vista que nos últimos 10 anos houve três guinadas jurisprudenciais na matéria, em 2009, a Corte entendeu pela inconstitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado, que até então era aplicada deliberadamente; em 2016, o Supremo retrocedeu no seu entendimento decidindo pela legalidade da execução antecipada da pena e, por fim, recentemente, tal entendimento fora novamente revertido no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54.

Constatou-se que o estado de inocência é inerente ao individuo, bem como ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista que está previsto em diversos tratados internacionais sobre direitos humano. No Brasil, encontra-se positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a qual, a exemplo da Constituição italiana e portuguesa, estabelece um marco temporal para que se deixe de falar em presunção de inocência: o trânsito em julgado.

Vale ressaltar que o Código de Processo Penal foi editado em momento histórico não democrático, trazendo muitos dispositivos incompatíveis com a atual ordem constitucional, que remontam aos pensamentos fascistas que vigoravam na época em que fora positivado no Brasil.

Carnelutti (2018) afirma que: "todos nós temos um pouco da ilusão de que os delinquentes são os que perturbam a paz e de que a perturbação pode eliminar-se, separando-os dos outros, assim, o mundo se divide em dois setores: o dos civis e o dos incivis, uma espécie de cirúrgica do problema da civilidade".

Para Streck (2013) interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*auslegung)*; é, agora, produtiva *(sinngebung)*. A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico.

A temática da interpretação, embora tenha assumido um lugar cimeiro, continua atrelada à cisão ou às cisões próprias da hermenêutica clássica e, portanto, ao paradigma representacional. Isso gera uma porção de mal entendidos, mormente quando se confunde as noções de pré-compreensão com "visões de mundos", "subjetividades", etc., ou se pensa a *application* como uma frase posterior do "processo" interpretativo. (STRECK, 2013)

O STF tem como função primordial zelar pela defesa e proteção da Constituição da República, devendo observar o arcabouço legal de proteção ao indivíduo, garantido que este seja devidamente aplicado.

Para Aury Lopes (2016) é evidente que o Supremo Tribunal Federal, dentro da organização judiciária nacional, é o guardião da Constituição, cabendo-lhe dar a última palavra sobre a sua interpretação.

No ponto de vista do temor ao pronunciamento de decisões que realcem demasiadamente a subjetividade do julgador, Streck (2013) defende a existência de padrões hermenêuticos que propiciem, a garantia de que "cada cidadão tenha sua causa

julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada" (STRECK, 2013)

A multiplicidade de combinações no plenário de onze integrantes escancara um Supremo diverso em sua composição, abrangente em suas atribuições e temáticas, maleável no trato com a jurisprudência e seus precedentes. (RECONDO, 2019).

Levando em conta a realidade jurídica brasileira o entendimento do STF gera inúmeros pontos controvertidos, pois é axiologicamente incompatível com a Constituição da República.

Nesse sentido, verifica-se que o sistema prisional brasileiro teve considerável acrescentamento proveniente da posição do STF no julgamento do HC 126.292, embora já existam prisões cautelares, sendo prenchidos os requisitos, em que aquela pessoa considerada perigosa é mantida em custódia durante todo o processo judicial.

Assim, o STF ao mitigar a garantia do estado de inocência e a liberdade individual, infringindo o disposto da Constituição e dos Tratados Internacionais, ocasionou grandes riscos ao processo penal brasileiro, dado que o Supremo influencia diretamente os tribunais ordinários com as suas decisões, a oscilação no trato decisório do STF, além de gerar insegurança jurídica, compromete o estado democrático de direito e evidencia um Supremo aparentemente induzido pelas repercussões sociais, políticas e midiáticas.

REFERÊNCIAS

ALEXY. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva 2008.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Anotações para o voto oral. 2019, pp. 14-15. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43EF.pdf . Acesso em 30 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: EDIJUR, 2012.

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. São Paulo. Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal.** Trad. Ortega Torres. Bogotá, Temis, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Russell, 2018.

CARNELUTTI, Francesco**. As misérias do processo penal**. São Paulo: Russell, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECO, Umberto. **Como se faz uma Tese**. São Paulo: Perspectiva, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43EF.pdf. Acesso em 30 out. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Amanda Passos *et al*. ESTADO DE INOCÊNCIA EM PAUTA: ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS DO MARANHÃO NO PERÍODO DE 2016 A 2019. **Anais do VII Congresso Nacional da FEPODI**, São Paulo, v. 1, ed. 1, p. 664-671, 2019. DOI 978-65-00-00047-4. Disponível em: https://www.conpedi.org.br/2020/02/fepodi-divulga-a-publicacao-dos-anais-do-vii-congresso-nacional/. Acesso em: 17 set. 2020.

FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise de discurso**. São Paulo: Editora Contexto, 2013.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 2013.

FUX, Luiz. **Voto proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Supremo Tribunal Federal. Brasília, out. 2019. Vídeo disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43EF.pdf . Acesso em 30 out. 2019.

KAFRA, Franz. **O Processo**. Tradução: Torrieri Guimarães. 3ª Ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira: abordagem Interdisciplinar de sociologia constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2009.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer: Presunção de Inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (2016).** Disponível em : www.academia.edu.com. Acesso em 05 de abr 2019.

LOPES JR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook . Acesso em 26 de nov. 2019.

MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro.** São Paulo: Lumen Juris, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos Jurídicos-penais.** São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1992.

RODRIGUES, Ana Leticia. **Uso de evidências no debate constitucional sobre a execução antecipada da pena: análise dos votos contrários no julgamento das adcs**

43, 44 e 54. Orientador: Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. 2020. 86 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: https://bdm.unb.br/handle/10483/25499. Acesso em: 30 out. 2020.

SARAIVA, Isaac Ronalti Sarah da Costa. **Relação Onto-Antropológica de cuidado de perigo como limite a expansão da política criminal em face da dogmática penal**: Uma abordagem sobre a presunção de inocência e a ADC 43/DF. Orientador: Miguel Tedesco Wedy. 2020. 154 p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) - São Leopoldo, [*S. l.*], 2020.

SARMENTO, George. **A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos.** Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.) Porto Alegre. Núria Fabris, 2008.

SCHREIBER, Simone. **A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais**, São Paulo: Renovar, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto- as garantias processuais penais?**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto- decido conforme minha consciência?**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos: uma radiografia do STF.** Rio de Janeiro. Editora Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional.** Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado. Acesso em: 20 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Opinião: Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!,** publicada em 29/02/2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf. Acesso em 20/10/2020

STRECK, Lenio Luiz.. **Senso incomum: Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo,** publicado em 20/10/2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo. Acesso em 30/03/2016.

STF**. Habeas Corpus n. 126.292.** Relator: Min. Teori Zavascki. São Paulo, DJ: 07/02/2017. STF, 2017. p. 9- 10. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570. Acesso em: 02 Set. 2020

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 13 ed. rev e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção.** Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1. Belo Horizonte. 2003.