XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

MAGNO FEDERICI GOMES

CLAUDIA LUIZ LOURENCO

Copyright © 2019 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
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Magno Federici Gomes

Claudia Luiz Lourenco – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-792-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Goiânia/GO, nos dias 19 a 21 de junho de 2019, foi promovido em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP) da Universidade Federal de Goiás (UFG), tendo como tema geral: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, o PPGDP/UFG e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezenove trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal; prisão provisória e colaboração premiada; presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena; sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena; e gênero e Direito Penal.

No primeiro bloco, denominado garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal, iniciaram-se os trabalhos com textos de análise sobre a formulação do novo Código de Processo Penal brasileiro através de racionalidades (não)garantistas e a teoria de Luigi Ferrajoli; adoção da justiça restaurativa nos Juizados Especiais Criminais como caminho para um Direito Penal mínimo; realidade e perspectivas garantistas da audiência de custódia; análise econômica da perda alargada; a discussão da caracterização do tipo penal assédio sexual comparativamente a outras figuras típicas ofensivas à dignidade sexual; e a análise do "efeito censura" no caso Góes.

No segundo eixo, chamado prisão provisória e colaboração premiada, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com a (in)compatibilidade da prisão temporária com o direito fundamental que veda a autoincriminação compulsória; passando-se à teoria dos jogos aplicada ao processo penal, que abordou a colaboração premiada como mecanismo de barganha; analisou-se o papel da delação premiada na reconstrução de um novo Estado

Democrático de Direito e sua vinculação aos Direitos Humanos; e abordaram-se críticas acerca da efetividade do instituto da colaboração premiada a partir do neoliberalismo.

Na terceira fase temática, presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena, o primeiro trabalho estudou as semelhanças e diferenças da presunção de inocência no Brasil e nos Estados Unidos da América; a seguir analisou-se a garantia convencional da presunção de inocência e a execução antecipada da pena; e o terceiro trabalho, por sua vez, tratou da prisão após condenação em segunda instância como violação de direito fundamental.

No quarto conjunto, sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena, examinou-se o sistema carcerário brasileiro: o estado de coisas inconstitucional e a responsabilidade civil do Estado frente as violações de direitos humanos; indagou-se sobre a privatização das penitenciárias públicas, à luz dos conceitos de Estado em Michel Foucault; encerrando-se com a discussão sobre a data-base para progressão de regime com o advento de nova condenação no curso da execução penal.

No derradeiro bloco, que versou sobre e gênero e Direito Penal, discutiu-se o novo cenário da prisão domiciliar da mulher no ordenamento jurídico processual brasileiro após decisão do Supremo Tribunal Federal e da Lei n. 13.769/2018; mulheres em situação de cárcere e a importância da aplicação de um paradigma feminista; e, por fim, a descriminalização do aborto e o ativismo judicial: a proteção dos direitos fundamentais da mulher.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à cidadania, à segurança jurídica, ao Direito e Processo Penal, e ao Direito Constitucional, nos quais a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - ESDHC e PUC Minas

Profa. Dra. Claudia Luiz Lourenço - UFG e PUC Goiás

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A GARANTIA CONVENCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

THE CONVENTIONAL GUARANTEE OF THE PRESUMPTION OF INOCCENCE AND THE ANTECIPATED EXECUTION OF THE SENTENCE

Amanda Guimarães da Cunha
Luiz Magno Pinto Bastos Junior

Resumo

Este estudo analisou se a execução antecipada da pena é compatível com os estandartes da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da garantia convencional da presunção de inocência, extraídos dos casos sobre prisões cautelares. A partir da construção feita ao redor do tema, chegou-se à conclusão de que iniciar o cumprimento da pena antes de esgotada a jurisdição feriria a presunção de inocência, pois esta implica regra de tratamento a ser observada até o fim do processo, que se dá com uma sentença definitiva, contra a qual não cabem mais recursos, intepretação corroborada pela Comissão Interamericana de Direitos humanos.

Palavras-chave: Corte interamericana de direitos humanos, Controle de convencionalidade, Execução antecipada da pena, Presunção de inocência, Processo penal

Abstract/Resumen/Résumé

This study examined if antecipated execution of the sentence is compatible with the standards of the Inter-American Court of Human Rights regarding the conventional guarantee of the presumption of innocence, extracted from the cases on preventive detentions. It was concluded that start the serving of the sentence before the court has exhausted it, would violate the presumption of innocence, since that implies in a rule of treatment to be observed until the end of the proceedings, that comes with a final sentence, against which no more resources can be found, an interpretation corroborated by the Inter-American Commission on Human Rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Inter-american court of human rights, Conventionality control, Antecipated execution of the sentence, Presumption of inoccence, Criminal proceedings

1. INTRODUÇÃO

A execução provisória da pena ganhou grande repercussão no mundo acadêmico, bem como na sociedade em geral, em especial por conta da polêmica prisão do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva. A decisão que passou a permitir que presos condenados em segunda instância pudessem ter a execução de sua pena iniciada antes do efetivo trânsito em julgado previsto constitucionalmente, que se daria com o esgotamento dos recursos aos tribunais superiores, foi proferida no âmbito do HC n. 126.292, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) em 17 de fevereiro de 2016.

Entretanto, a decisão definitiva sobre o tema depende da análise pelo STF de duas Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC 43 e 44), impetradas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (hoje Patriotas) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Nelas, pleitea-se o reconhecimento da legitimidade constitucional da redação do artigo 283 do Código de Processo Penal[1] (CPP), condicionando o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória (HARTMANN et al, 2016).

Em 2018 a discussão ganhou vigor novamente com o julgamento do HC n. 152752/PR, caso paradigma para o presente estudo, em que o ora paciente tratava-se do já citado ex presidente Lula, que passou a cumprir a pena de prisão apos a condenação proferida no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Tal situação colocou o STF numa situação desconfortável, pois expôs uma divisão interna entre seus ministros acerca da execução provisória da pena (FALCAO, 2018).

O impacto de tal medida pode chegar a um ingresso anual de 50 mil presos no sistema carcerário[2]. O Conselho Nacional de Justiça está formando um Banco Nacional de Monitoramento de Prisões que, catalogadas somente 15 unidades federativas, calculou que o

[1] "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." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm.

[2] Com presunção de culpa STF pode antecipar 50 mil prisões por ano. Revista Consultor Jurídico de 05 de outubro de 2016.Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-out-05/presuncao-culpa-stf-antecipar-50-mil-prisoes-ano

número de presos cumprindo pena provisória já soma 28,9% do total, não tendo sido incluído ainda o Estado de São Paulo, que possui a maior população carcerária do país[3].

Tal situação parece caminhar para uma efetivação legal, diante da recente "Lei Anticrime", apresentada ao Congresso Nacional recentemente pelo então Ministro da Justiça. Dentre as medidas propostas, há a de que o cumprimento da pena se dará, em regra, após a sentença proferida em segunda instância[4].

Para além das questões atinentes ao sistema recursal brasileiro e a própria formação da culpa no ordenamento interno, destaca-se o questionamento se a execução antecipada da pena afrontaria a Convenção Americana de Direitos Humanos (Doravante CADH), notadamente quanto à presunção de inocência. Alguns breves, mas não menos interessantes, estudos foram feitos nesse sentido, a partir de casos em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Doravante CorteIDH) se debruçou na análise de prisões cautelares (FAINA; GERBER, 2016; MINEO; KAROLENSKY, 2017; VIEIRA; RESENDE, 2018). Entretanto, os estudos restringiram-se de modo geral a apontar alguns precedentes no assunto, sem maiores aprofundamentos ou conclusões.

Considerando as obrigações internacionais assumidas perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como do caráter *erga omnes* que se extrai das decisões da CorteIDH, o presente artigo tem como objetivo fazer uma nova leitura dos estandartes interpretativos acerca da presunção de inocência estabelecidos para as prisões cautelares, em extensão a estudos anteriores já realizados nessa linha[5]. Com isso, busca-se verificar se é possível identificar outras diretrizes para além das exploradas nos estudos acima citados, bem como aprofundar-se nas análises, de forma que se possa encontrar mais subsídios para aferir se a execução antecipada da pena fere (ou não) a garantia de presunção de inocência do art. 8.2 da CADH.

---

[3] Chega a 376,7 mil o número de presos já cadastrados no BNMP. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86918-chega-a-376-7-mil-o-numero-de-presos-ja-cadastrados-no-bnmp-3

[4] "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". Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf

[5] CUNHA, Amanda Guimarães da; SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Prisão Preventiva e a duração razoável do processo na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal. In: Livia Gaigher Bosio Campello; Luís Alexandre Carta Winter. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos I**. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2017, v. , p. 228-248.

2. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o ordenamento brasileiro passou a contar com a garantia fundamental do trânsito em julgado da sentença, insculpido em seu art. 5, LXVII, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Entretanto, até o julgamento do HC n. 84.078/MG, a aplicação era ainda a do Código de Processo Penal vigente, que permitia a prisão decorrente de condenação, mesmo na pendência de recursos extraordinários (MENDES, HC n. 152752/PR, p. 107). Tal entendimento predominou na jurisprudência entre o início da década de 1990 e dos anos 2000, conforme se verifica nos acórdãos HC n. 71.723/SP, HC n. 79.814/SP e HC n. 80.174/SP, bem como pelo enunciado das Súmulas 716 e 717 do Superior Tribunal de Justiça (HARTMANN et al, 2016).

A partir do julgamento do HC n. 84.078/MG[6],em 05 de fevereiro de 2009, o STF estabeleceu que a execução da pena só poderia se dar após o trânsito em julgado da decisão condenatória, em respeito à garantia constitucional da presunção da inocência (MENDES, p. 107; BARROSO, p. 164; MELO, p. 354 HC 152752/PR).

---

[6] HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5o, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[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". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5o, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí 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 art. 637 do CPP.3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. [...] 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1o, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 84.078/SP, DJe035 DIVULG 25022010)

Entretanto, a questão foi revisitada em 2016, no julgamento do HC n. 126.292/SP, quando foi decidido que a presunção de inocência, ao lado do direito à ampla defesa, foram interpretados como não impeditivos da execução provisória da pena (HARTMANN et al, 2016). A votação, de 07 votos contra 04, determinou que a execução provisória de acórdão penal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não comprometeria o principio constitucional da presunção de inocência previsto na Constituição[7]. A característica de não suspensão dos recursos ainda pendentes também justificariam a prisão antecipada (FALCAO, 2018).

Longe de estar pacificada, a questão foi novamente discutida pelo STF em 04 de abril de 2018, no HC n. 152.752/PR[8], em que, por 6 votos a 5, decidiu-se que o condenado deve

---

[7] CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE . 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. Esse posicionamento foi reiterado na decisão que indeferiu a medida cautelar em ações declaratórias de constitucionalidade do art. 283 do CPP, cujo teor dispõe que 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 . O Tribunal, então em sede de cognição sumária, entendeu que o dispositivo devia ser lido em conjunto com as demais normas legais, que negam efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial, notadamente o art. 637 do CPP ADCs 43 e 44 MC, Relator Min. MARCO AURÉLIO, redator para acórdão Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 5.10.2016. Por fim, o Plenário virtual reafirmou, em sede de repercussão geral (tema 925), em recurso extraordinário, o entendimento de que o cumprimento das penas após o julgamento por Tribunal seria juridicamente viável ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11.11.2016

[8] *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. 2. O *habeas corpus* destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5°, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder. 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência. 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação. 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de

começar a cumprir a pena depois do julgamento de apelação nos Tribunais de Justiça ou no Tribunais Regionais Federal (FALCAO, 2018). Os argumentos centrais serão analisados de forma sucinta a seguir.

Neste último julgamento, os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Morais, Luis Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Carmem Lúcia formaram a maioria e garantiram a permanência das regras estabelecidas no HC n. 126292/SP para início de execução da pena.

Dentre os argumentos levantados no HC n. 152752/PR por estes ministros, destaca-se a inexistência de eficácia suspensiva dos recursos extraordinários (FACHIN, p. 94), o princípio da tutela judicial efetiva como marco interruptivo da prescrição penal, que ocorreria diante da demora nos julgamentos de recursos especiais e extraordinários (BARROSO, p. 141), a mutação constitucional decorrente da necessidade de evitar a recorribilidade procrastinatória, a seletividade do sistema e descrédito junto a população e sensação de impunidade (BARROSO, p. 166). Além disso, fez-se a defesa de que a ordem constitucional brasileira não exige o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas somente a ordem escrita da autoridade competente (BARROSO, p. 178), bem como de que a presunção de inocência é um princípio e não regra absoluta (BARROSO, p. 176), de forma que não garante imunidade à prisão decorrente de condenação (FUX, p. 270) e de que após a instância ordinária não há mais dúvida acerca da autoria e materialidade (BARROSO, p. 178).

Por fim, ainda na defesa da execução provisória após segunda instância, alegou-se que esta é uma exigência de ordem pública, que visa a preservação da credibilidade do judiciário, bem como de que deve prevalecer o princípio da colegialidade e da aplicação isonômica do direito (WEBER, HC n. 152752/PR, p. 205) para manter a guinada jurisprudencial feita pela Corte em 2016 quando do julgamento do HC n. 126292/SP.

Na contramão da maioria, votaram os Ministros Ricardo Lewandovski, Marco Aurélio Melo e Celso de Melo. Para estes, a presunção da inocência é cláusula pétrea, nos termos estabelecidos pela Constituição de 1988 e deve ser respeitada como proteção contra erros do "congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário" (LEWANDOVSKI, p. 325)[9], sendo direito subjetivo fundamental (CELSO DE MELO, p. 409).

---

excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada.

9 "A Constituição Federal de 1988 definiu tais barreiras, em seu art. 60, § 4°, denominadas de cláusulas pétreas, a saber: (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes; e (iv) os direitos e garantias individuais. A presunção de inocência integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no qual tramitam atualmente cerca de 100 milhões de processos a cargo

Além disso, alegaram que o fenômeno de mutação constitucional, seja qual for a forma em que se dá, "jamais poderá vulnerar os valores fundamentais que lhe dão sustentação"(LEWANDOVSKI, p. 325) e que a opção do constituinte originário para formação da culpa foi o trânsito em julgado da decisão condenatória, ao invés do esgotamento do duplo grau de jurisdição, independente do adotado em demais países (LEWANDOVSKI, p. 331; CELSO DE MELO, p. 409).

Nesse sentido, estabelecer-se-ia a proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais como de observância obrigatória, por se tratar de norma de caráter *jus cogens* (LEWANDOVSKI, p. 338), bem como o critério interpretativo da aplicação da norma mais favorável diante da antinomia de normas (CELSO DE MELO, p. 410), colocando em xeque o efeito suspensivo das normas processuais legais frente a constituição (LEWANDOVSKI, p. 338), pois somente após o trânsito em julgado se garante a "imutabilidade do título condenatório no campo recursal" (MELO, p. 357) e se garante a "coisa julgada penal" (CELSO DE MELO, p. 409).

Há ainda uma tese intermediária entre os posicionamentos descritos, defendida pelos Min. Gilmar Mendes e Dias Toffoli, sobre o momento de formação da culpa, e consequentemente início de cumprimento de pena, que seria após o julgamento dos recursos perante o Superior Tribunal de Justiça.

Para estes Ministros, apesar da função de reexame de provas ser afeta aos tribunais de segundo grau, o STJ pode corrigir questões relativas à tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade do agente e inclusive a dosimetria (MENDES, p. 113), fixação de regime prisional, bem como sobre a própria sanção penal a ser concretamente imposta (TOFFOLI, p. 302).

Dessa forma, defendem que o recurso extraordinário que é interposto ao STF não se presta à correção de ilegalidades de cunho meramente individual, e que a instituição do requisito "repercussão geral" dificultou a admissão dele em matéria penal , implicando em maior demora em seu processamento, com o sobrestamento nacional de todos os processos correlatos (MENDES, p. 114-115), motivos pelos quais não haveria razão para impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento (TOFFOLI, p. 292/294/302). Assim, elegem o fim da jurisdição do STJ como o marco que confere maior segurança à execução antecipada da pena

---

de pouco mais de 16 mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ." (LEWANDOVSKI, HC n.152752/PR, p. 325).

(MENDES, p. 115). É o que denominou o Ministro Gilmar Mendes, de "trânsito em julgado progressivo", numa referência ao sistema italiano (HC 152752/PR, p. 118)[10].

Diante disso, apesar da última decisão tomada, percebe-se que de longe há um entendimento pacífico quanto ao tema na suprema corte desse país. Considerando que a questão ainda carece de decisão definitiva, a ser exarada pelo tribunal quando do julgamento das ADI's, cabe à doutrina oferecer contribuições teóricas para o empasse, o que aqui se dispõe, a partir das diretrizes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, visando o melhor entendimento conforme a Constituição e os direitos humanos

3. A CONTRIBUIÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS PARA A SISTEMÁTICA DE PROTEÇÃO DE DIREITOS

Ao aderir a tratados internacionais e se submeter a jurisdição dos órgãos de monitoramento por eles instituídos, um Estado, no exercício de sua própria soberania, assume voluntariamente uma série de obrigações perante a comunidade internacional, às quais se vincula e que se sujeitam todas as autoridades públicas internas.

O Brasil, tendo ratificado a CADH, bem como submetendo-se à ação contenciosa da Corte Interamericana[11], assume voluntariamente as responsabilidades de respeitar os direitos prescritos e de adequar seu direito interno às diretrizes convencionais. Tratam-se de obrigações de conformidade e de adequação da ordem interna às diretivas internacionais que derivam diretamente dos artigos 1.1[12] e 2[13] e que tem tido sistematicamente desprezados pelos órgãos nacionais, sobretudo, do próprio Poder Judiciário (MADEIRA, 2016).

---

[10] A sugestão de uma tese intermediária feita pelos Ministros Gilmar Mendes e Toffoli poderia ser considerada plausível, contanto se modificassem as regras do recurso extraordinário, com o deslocamento da análise da legislação infraconstitucional para o STJ, transformando o STF, de fato, em uma Corte Constitucional. Há uma PEC tramitando nesse sentido: PEC 275/2013. Cria a Corte Constitucional; altera a composição, a competência e a forma de nomeação dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça; altera a composição do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=579931 Para ler mais: ANDRADE, Fábio Martins. PEC que transforma o STF em Corte Constitucional é ambiciosa. Revista Consultor Jurídico, janeiro de 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jan-26/fabio-andrade-pec-transforma-stf-corte-constitucional-ambiciosa

[11] Status das adesões e ratificações pode ser conferido em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm

[12] "Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social."

[13] "Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes

As obrigações assumidas pelos Estados não se limitam às disposições da CADH, mas reúnem um conjunto de diretivas extraídas dos diferentes órgãos de monitoramento do Sistema Interamericano, entre os quais, o corpo de decisões da Corte Interamericana que se revestem de especial eficácia normativa como instância autorizada pelo diploma internacional à conferir interpretação sobre as garantias convencionais e sobre as situações nas quais os Estados falharam na obrigação de conferir-lhe integral eficácia no plano interno de suas ordens jurídicas (princípio do *effet utile*)[14] (NOGUEIRA ALCALA, 2012, p. 66-67; FERRER MAC-GREGOR, 2013, p. 622-667).

Apesar da controvérsia instaurada acerca do posicionamento dos Tratados de Direitos Humanos na ordem jurídica interna em face do disposto no §2º do artigo 5º[15] da CF/88 (CANÇADO TRINDADE, 2003, t. 1, p. 508-515; PIOVESAN, 2013, p. 113), o Supremo Tribunal Federal (doravante STF) conferiu-lhe status supralegal no ordenamento (STF, RE n. 466.343/SP), situando-a acima de toda legislação infraconstitucional.

A partir dessa decisão paradigmática, proferida em 3.10.2008, o STF passou a reconhecer expressamente que os tratados de direitos humanos, apesar de não integrarem material e formalmente o texto constitucional, para fins de alteração do parâmetro de controle de validade na ordem jurídica doméstica, em face de sua especial força normativa, eles revestem-se de um efeito paralisante sobre a eficácia jurídica das normativas infraconstitucionais que são com eles conflitantes (MAUÉS, 2013, p. 219).

Disso decorrem duas consequências jurídicas fundamentais: (a) de que as normas infranconstitucionais que se revelem incompatíveis com as garantias mínimas previstas nos tratados tem sua eficácia jurídica paralisada, ou seja, são tacitamente revogadas por aquelas; e (b) a ordem jurídica nacional deve ser interpretada em consonância com os parâmetros de proteção internacional de direitos humanos, mediante o emprego de uma técnica de interpretação qualificada pelo STF como "interpretação constitucional conforme os direitos humanos".

---

comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades."

[14] "Aquí la observancia de la "efectividad" cobra relevancia en términos del principio del *effet utile* "lo que signica que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido";[78] por lo que la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que dicha obligación, por su propia naturaleza, constituye una *obligación de resultado.*[79]" (FERRER MAC GREGOR, 2013, p. 667).

[15] 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: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Portanto, nestes termos, toda a ordem jurídica nacional encontra-se umbilicalmente conectada aos sistemas de proteção internacional de direitos, de forma tal que as normas domésticas devem ser compatibilizadas aos estandartes interpretativos fixados na seara internacional, como desdobramento do que se convencionou chamar no âmbito interamericano como "controle de convencionalidade". (BAZÁN, 2012, p. 29; NOGUEIRA ALCALA, 2012, p. 59).

Essa obrigação deve ser assumida por todos os órgãos do Estado-parte, tanto em relação ao Poder Legislativo (dever de legislar e de adaptar as normas internas às obrigações convencionais), ao Poder Executivo (dever de implementar políticas públicas e de conformar as práticas institucionais de seus órgãos de execução às diretrizes emanadas do *corpus iuris americano*) e, sobretudo, ao próprio Poder Judiciário (no dever de assegurar o acesso à justiça definido no art. 25 da CADH[16]). Esses deveres decorrem do dever de atuação previsto no art. 2 da Convenção (NOGUEIRA ALCALÁ, 2012, p. 68, 76 e 102; CARLOS HITTERS, 2009, p. 124) e, devendo ser integralmente observado por quaisquer instâncias decisórias no plano interno dos Estados-parte (CANÇADO TRINDADE, 2003, t. I, p. 518; FERRER MAC-GREGOR, 2013, p.667-668).

Este controle de convencionalidade pode ser realizado através da técnica hermenêutica de **interpretação conforme os direitos humanos**, através da qual os direitos constitucionais são harmonizados com os valores, princípios e normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos, bem como pela jurisprudência dos tribunais internacionais (FERRER MAC-GREGOR, 2011, p. 549).

Através dela, busca-se evitar a declaração de absoluta incompatibilidade da norma doméstica, visando conferir a ela uma interpretação que a compatibiliza com a garantia convencional, quer seja reduzindo sua abrangência ou conferindo-lhe uma redução de sentido. Preserva-se, com isso, a integridade do sistema jurídico brasileiro, conforme já utilizada pelo próprio STF (MAUÉS, 2013, p. 228), quando aquela Corte Suprema declarou ser ilícita a prisão civil de depositário infiel, quaisquer que fossem as modalidades de depósito, em que pese a previsão constitucional que permitia que a garantia contra prisão fosse excetuada na hipótese de depositário infiel. Dessa forma, além de paralisar a eficácia da legislação infraconstitucional,

[16] "Artigo 25. Proteção Judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou **pela presente Convenção**, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais."

reinterpretou a norma constitucional, utilizando-se, inclusive, da expressão "interpretação à luz da Convenção" (MAUÉS, 2013, p. 219).

Nos termos desta decisão, o nível hierárquico estabelecido para os tratados na ordem interna (o de supralegalidade) não condiciona sua utilização na interpretação constitucional. As obrigações convencionais, adotadas como "parâmetros de interpretação", fornecem critérios hermenêuticos para definir o próprio conteúdo das normas constitucionais, delimitando-lhes o alcance e escopo (MAUÉS, 2013, p. 226-228).

Além disso, o critério hermenêutico da "interpretação conforme" incorpora ainda o princípio *pro persona*, que implica no dever de adoção da norma mais favorável à pessoa humana, como solução de antinomias[17]. Partindo-se desse princípio, deixa-se de lado uma postura de imposição coercitiva das regras internacionais, caindo por terra também o critério hierárquico de normas ou de sistemas de proteção (CARLOS HITTERS, 2015, p. 134-137).

Ganha-se com isso um "modelo de articulação", de entrelaçamento transversal entre as ordens jurídicas, de forma que aprendam e construam soluções para os mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou humanos (NEVES, 2009, p. 264). Trata-se daquilo que se qualificou como um verdadeiro "*dialogue des sources*"[18], superando-se a lógica monista/dualista do direito internacional (VON BOGDANDY, 2008), contribuindo decisivamente para a construção de um modelo de cooperação entre a ordem internacional e as ordens jurídicas internas dos Estados nas Américas. (FERREIRA; LIMA; 2017).

Dessa forma, cabe agora verificar de que forma os estandartes interpretativos da CorteIDH acerca da presunção de inocência podem contribuir para o debate em torno da execução antecipada da pena no direito brasileiro e que mais preserve os direitos humanos daqueles submetidos ao *ius puniendi* estatal.

---

[17] O princípio *pro persona* pode ser entendido como um principio de interpretação das normas de direitos humanos, que determina que, admitindo-se mais de uma interpretação válida ao caso, porém contraditórias, deve-se dar preferencia àquela que seja mais favorável a proteção dos direitos da pessoa ou a menos restritiva quando se trate de restrição ou suspensão de direitos (CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, 2017, p. 66-67). Ou seja, diante de uma eventual antinomia entre as normas sob análise, deve-se prevalecer aquela que favoreça a proteção mais ampla às pessoas como solução interpretativa. Podendo, inclusive, prevalecer a norma nacional, o que confere aos Estados-partes a discricionariedade de se afastarem inclusive do critério interpretativo da Corte Intermaericana, quando for possível realizar, de maneira razoável e fundamentada, uma interpretação que obtenha um maior alcance e efetividade da própria norma convencional (FERRER MAC GREGOR, 2013, p. 669).

[18] Teoria desenvolvida pelo jurista alemão Erik Jayme, que consiste justamente em, no lugar de conflito de leis, que sempre leva à exclusão de uma das normas (monossolução), a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes, com o fito de restabelecer a coerência do sistema, alcançando a *ratio* visada por ambas as normas (CAMPOS, 2010, p.71-72). Especialmente no que tange à tutela dos direitos humanos, essa ideia anticonflitual de coordenação entre plúrimas fontes legislativas ganha relevo, já que neste âmbito tem-se por foco a proteção do ser humano, independentemente de qual seja a fonte normativa (PIOVESAN, 2007 *apud* CAMPOS, 2010, p. 72). Reforça-se, portanto, a ideia de prevalência da norma mais protetiva através do principio *pro persona*.

4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONVENCIONAL

O princípio da presunção de inocência está insculpido no artigo 8.2 da CADH, segundo o qual "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". Juntamente com o artigo 7.3 da CADH, o qual delimita que "ninguém será submetido à detenção ou encarceramentos arbitrários" subsidiam a regulamentação das prisões para a CorteIDH.

No que diz respeito às prisões, a CorteIDH delimita que a restrição da liberdade do acusado não deve ser restringida para além dos limites estritamente necessários para assegurar que este não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações nem eludirá a ação da justiça (CORTEIDH, 2005, §111; CORTEIDH, 2004b, §180), ou seja, fins essencialmente processuais (CORTEIDH, 2007, §103; CORTEIDH, 2006, §90; CORTEIDH, 2009, §111).

Caso estes limites não sejam observados, a prisão equivale a uma antecipação da pena, pois será uma prisão sem as justificativas processuais aceitas e sem que a culpabilidade tenha sido estabelecida, o que fere a presunção de inocência (CUNHA; SANTOS, 2016). Tais delimitações foram feitas em sede de análise das prisões cautelares, em especial da preventiva.

É o que fica claro a partir do primeiro precedente na matéria, Caso Suarez Rosero Vs Equador, onde segundo a CorteIDH

> [...] en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. **De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia,** pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). **En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos** (CORTEIDH, 1997, §77)[19].

[19] Precedente reproduzido nos Caso Acosta Calderón (CORTEIDH, 2005, §111); Tibi Vs Ecuador, (CORTEIDH, 2004b, §180); "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paragu*ay*, (CORTEIDH, 2004a, §229); Bayarri Vs Argentina (CORTEIDH, 2008, §110).

Estabelecidas tais premissas, cabe verificar qual momento processual seria delimitado pela CorteIDH como marco do fim do processo.

Utilizando-se de precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a CorteIDH define que a culpabilidade se estabelece com a sentença definitiva e firme que põe fim ao processo e com a qual se esgota a jurisdição.

Nas palavras da CorteIDH

> Considera la Corte que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción (cf. *Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A no 81*, párr. 29) y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. (CORTEIDH, 1987, §71)

Ainda que esta delimitação pudesse ser entendida somente quanto ao fim da jurisdição adstrita a uma instância, a CorteIDH, para definir o critério da análise da duração razoável do processo, determina que deste fazem parte todos os recursos de instância que puderem eventualmente serem apresentados. Tanto é que para o Caso em questão, considerou como marco final do processo a decisão proferida pela Corte Superior de Justiça de Quito, no Equador, tendo em vista que não ficou comprovado a interposição de novo recurso pelo acusado. Dessa forma, considerando a não mais possibilidade de interposição de quaisquer recursos, considerou-se por encerrado o processo e a contagem de seu prazo e demais efeitos, consequentemente[20].

Conforme visto acima, a CorteIDH delimita que a presunção de inocência faz parte das garantias judiciais, firmando a ideia de que uma pessoa é inocente até que sua culpabilidade seja demonstrada, nos moldes prescritos.

Além disso, no Caso Fernandez Ortega y otros Vs Mexico (CORTEIDH, 2011, §33), citado brevemente ao final do tópico anterior, em que agentes estatais foram acusados de cometerem crimes sexuais e alegaram que a acusação inverteu o ônus de prova, bem como no Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (CORTEIDH, 2010, §184), onde se acusou o uso de provas irregulares e fraudulentas para condenação, bem como no Ricardo Canese Vs Paraguai (CORTEIDH, 2004, §154), onde também se inverteu o *onus probandi*, a CorteIDH

[20] "[...] Con base en la prueba que consta en el expediente ante la Corte, ésta estima que la fecha de conclusión del proceso contra el señor Suárez Rosero en la jurisdicción ecuatoriana fue el 9 de septiembre de 1996, cuando el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito dictó sentencia condenatoria. Si bien en la audiencia pública el señor Suárez Rosero mencionó la interposición de un recurso contra dicha sentencia, no fue demostrada esa afirmación." (CORTEIDH, 1987, §71)

estabeleceu também que a presunção de inocência é um princípio essencial para a realização efetiva do direito de defesa e acompanha o acusado durante toda a tramitação do processo, que se dá nos moldes delimitados no Caso Suarez Rosero, até que uma sentença condenatória que determine sua culpabilidade seja definitiva.

Nas palavras da CorteIDH

> En cuanto a la alegada afectación por parte de la Corte del principio de presunción de inocencia, este Tribunal ha señalado que este principio constituye un fundamento de las garantías judiciales[10] que implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa[11], y que exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. **Asimismo, la Corte ha establecido que este principio es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme**[12]. [...] En este sentido, la presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable[13] (grifo nosso) (CORTEIDH, 2010, §184)[21].

A partir desta decisão citada se extrai ainda mais um importante elemento na análise da presunção de inocência, qual seja a de que esta é vulnerada "*si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable*". Tal premissa é de lógica conclusão, considerando que alguém só é considerado culpado com uma sentença definitiva que põe fim ao processo. Qualquer decisão judicial antes desse marco, que reflita a ideia de que a pessoa seja culpada, em especial o inicio de cumprimento de uma pena ainda sujeita a recursos, parece se encaixar nesta situação.

Em outro Caso, Ruano Torres y Otros Vs El Salvador, a CorteIDH, além de retomar os precedentes já citados com relação a presunção de inocência, delimita que ela gera um "estado jurídico de inocência ou não culpabilidade", que delimita o comportamento do Estado frente àquele que está sendo submetido a um processo penal

> El artículo 8.2 de la Convención dispone que [t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad?. Por ello, la Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales[183]. **La presunción de inocencia implica que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia o no culpabilidad mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, de modo tal que debe recibir del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada[184]**. En relación con lo anterior, el principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de

[21] Precedente repetido no Caso Rosendo Cantú y Outra Vs Mexico (2011a, §33).

> toda duda razonable de su culpabilidad[185], tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantias. (grifo nosso) (CORTEIDH, 2015, §126)

Ou seja, o Estado deve tratar o acusado como uma pessoa não condenada, o que implica, por conclusão, como já visto acima, que não emita nenhuma decisão judicial que reflita uma condição que ele ainda não possui, a de ser culpado. Em seu voto no HC n. 152752/PR (p. 381), o Ministro Marco Aurélio enfatiza essa questão de tratamento[22].

Corroborando com as delimitações da CorteIDH, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu relatório 66/01, aponta o Caso 11.992 – Dayra Maria Jiménez contra o Equador – (OEA, 2001), no qual foi analisada a situação da Sra. Dayra, que permaneceu presa preventivamente por cinco anos, tendo sido absolvida ao final do processo. O caso, mais uma vez, trata-se de prisão preventiva. Mas retrata o efeito de um cerceamento de liberdade antes da culpa ter sido efetivamente demonstrada.

Nele, a Comissão faz uma interpretação do precedente estabelecido no Caso Suarez Rosero, dizendo claramente que a extensão da garantia da presunção de inocência acompanha o acusado até o trânsito em julgado.

Conforme a Comissão

> 97. O peticionário argumenta que a privação de liberdade da qual foi objeto a senhora Levoyer Jiménez resulta violatória do princípio de presunção de inocência estabelecido na Convenção Americana. Assinala que neste caso a imposição de prisão preventiva de forma indefinida traduziu na antecipação do castigo. 98. O Estado não apresentou sua posição quanto ao respeito ao princípio de presunção de inocência no presente caso. 99.O artigo 8(2) da Convenção Americana estabelece: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.100. **A Corte Interamericana entende que o propósito das garantias judiciais nasce no princípio de que uma pessoa é inocente até que se comprove a sua culpa mediante uma decisão judicial transitada em julgado**.[31] [23]. **Por isso, os princípios gerais de direito universalmente reconhecidos, impedem antecipar a sentença. Se ignoradas estas regras, corre-se o risco, como de fato ocorreu no caso sob exame, de privar de liberdade por um prazo não razoável a uma pessoa cuja culpa não pôde ser verificada.** Vale recordar que neste caso a senhora Levoyer Jiménez permaneceu privada de sua liberdade por um período maior que a metade da pena máxima estabelecida para os delitos dos quais foi acusada e absolvida, e foi mantida detida depois de definitiva sua absolvição.[24]

---

[22] "*Há a considerar*, *ainda*, *a presunção de inocência como norma de tratamento***.** No que concerne *a essa outra perspectiva*, cumpre rememorar o entendimento que o Supremo Tribunal Federal tem adotado ao longo de sua prática jurisprudencial, *sempre enfatizando que o postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível* (grifo nosso)" (HC 79.812/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 105.556/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

[23] Caso Suárez Rosero, op.cit., par. 77

[24] A versão apresentada corresponde à tradução oficial para o português feita pela Comissão Interamericana. Na versão em espanhol: "[...]99.El artículo 8(2) de la Convención Americana establece: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. 100. La Corte Interamericana ha señalado que el propósito mismo de las garantías judiciales subyace en el principio de

A interpretação fixada pela Comissão corrobora com as conclusões que até aqui se fez das decisões da CorteIDH. Considerando sua autoridade no assunto, já que é o órgão do Sistema Interamericano responsável pelo controle e supervisão das obrigações internacionais assumidas voluntariamente pelos Estados contratantes, seus pronunciamentos são de observância necessária.

Dessa forma, pode-se elencar como estandartes interpretativos da CorteIDH acerca da presunção de inocência:

a) A decretação da prisão fora dos limites e critérios estabelecidos para a prisão preventiva equivale a antecipar a pena, o que fere a presunção de inocência;

b) Uma pessoa só pode ser considerada culpada com uma sentença judicial definitiva, contra a qual não cabem mais recursos e se esgota a jurisdição;

c) Uma decisão judicial não pode refletir a condição de culpado de uma pessoa que ainda não teve sua culpa estabelecida;

d) Tanto para fins de efeito, quanto de computo de prazo, o procedimento penal compreende todos os recursos de instância que puderem ser apresentados.

Diante do exposto, apesar de serem disposições estabelecidas em casos que analisam prisões cautelares, bem como questões processuais como ônus de prova e duração do processo, pode-se depreender das disposições estabelecidas pela CorteIDH que uma execução de pena que se dá antes do esgotamento das vias recursais, sem portanto haver culpa estabelecida definitivamente, sem quaisquer requisitos cautelares presentes, fere a presunção de inocência.

Fazendo-se menção ao HC n. 152752/PR, em especial à fala do Min. Alexandre de Moraes, quanto a não previsão da obrigação do trânsito em julgado para execução da sentença na CADH[25], cabe esclarecer que a aplicação desta se dá não só em seu sentido literal, mas nos

---

que una persona es inocente hasta que se compruebe su culpabilidad mediante una decisión judicial definitivamente firme.[31] Por ello, los principios generales de derecho universalmente reconocidos, impiden anticipar la pena a la sentencia. De ignorar estas reglas se correría el riesgo, como ha ocurrido en el caso bajo examen, de privar de libertad por un plazo irrazonable a una persona cuya culpabilidad no pudo ser verificada. Vale recordar que en este caso la señora Levoyer Jiménez permaneció privada de su libertad por un período mayor a la mitad de la pena máxima establecida para los delitos de los cuales fue acusada y absuelta, y se la mantuvo detenida aun después de haber quedado firme su absolución." Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2001sp/Ecuador11.992.htm

[25] "Da mesma maneira, não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose* da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ambas – respectivamente artigo 8.2 e 6o, 2 – consagram o *princípio da presunção de inocência* até o momento em que a culpabilidade do acusado for legalmente comprovada, respeitados os demais princípios e garantias penais e processuais penais já analisados."(HC n. 152752/PR, p. 145)

limites e alcances estabelecidos pela CorteIDH, na qualidade de sua legitima e final intérprete, tendo em vista que a norma interpretada por tal tribunal adquire força de *coza juzgada internacional,* adquirindo mesmo grau de eficácia que o texto convencional (FERRER MAC-GREGOR, 2011, p. 556-655).

É claro que com isso não se pode afirmar, necessariamente, que a CorteIDH assim se pronunciaria, em que pese todos seus posicionamentos até então indicarem esse sentido.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se considerar que os estandartes interpretativos da CorteIDH acerca das prisões cautelares indicam que esta se posicionaria contrariamente à tese da execução antecipada da pena no ordenamento brasileiro, pois esta vai de encontro a tudo que já se construiu ao redor da garantia convencional da presunção de inocência do art. 8.2 da CADH, o que foi corroborado com a interpretação feita pela própria Comissão Interamericana.

Dentre as notórias consequências de não respeito a esta regra, destaca-se um efeito severo frente àqueles que cumprem pena por delitos dotados de insignificância, que em geral só é reconhecida na mais alta Corte do país[26]. Ou seja, aqueles mais miseráveis e vulneráveis, que são a maioria daqueles que compõem hoje o sistema penitenciário do país. Prevalecer neste entendimento é cumprir com a máxima citada por José Jesus de La Torre Rangel de que "*La ley es como la serpiente, solo pica a los descalzos",* lembrada pelo eminente Lênio Streck[27].

Quanto aos demais efeitos, usa-se da reflexão feita pelo o Min. Lewandovski no HC paradigma (HC n. 152752/PR, p. 346): Como se indeniza o tempo de vida de uma pessoa que permaneceu presa por conta de uma decisão não definitiva de segunda instância, cuja condenação ou o regime de cumprimento da pena é reformado na via extraordinária?

De qualquer forma, cabe ao Brasil, diante das obrigações internacionais assumidas e do dever de observância dos estandartes interpretativos convencionais, considerar as diretrizes interamericanas ao revisitar essa questão, buscando adequar sua normativa interna ao parâmetro de maior proteção aos direitos humanos, nos termos do princípio *pro persona.*

---

[26] Princípio da insignificância é aplicado a furto de objetos de pouco valor. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=173584

[27] STRECK, Lenio. Comissao de juristas gosta do direito penal do risco. Revista **Consultor Jurídico**, 8 de maio de 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-mai-08/lenio-luiz-streck-comissao-juristas-gosta-direito-penal-risco?pagina=3

6. REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BAZÁN. Victor. **El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos, y perspectivas**. 2011. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30034.pdf

CARLOS HITTERS, Juan. Controle de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación: (critérios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Revista Estudios Constitucionales.** Ano 7, v.7 n.2, 2009, p.116 . Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002009000200005&script=sci_arttext

_____. Control de Convencionalidad (Adelantos y Retrocesos). **Revista Estudios Constitucionales**, Ano 13, n. 1, 2015, p. 123-162. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v13n1/art05.pdf

CUNHA, Amanda Guimarães da; SANTOS, Rodrigo Mioto dos. Prisão Preventiva e a duração razoável do processo na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal. In: Livia Gaigher Bosio Campello; Luís Alexandre Carta Winter. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos I**. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2017, v. , p. 228-248.

FAINA, Fernando; CARDOSO, Joao Vitor; GERBER, Konstantin. **Execução antecipada da pena: pesquisa jurídica convocada para o front**. 2016. Disponível em: http://www.justificando.com/2016/02/23/execucao-antecipada-da-pena-pesquisa-juridica-convocada-para-o-front/

FALCAO, Marcio. **A execução provisória da pena em quatro tempos no STF**. 2018. Disponível em:https://www.jota.info/stf/do-supremo/execucao-provisoria-stf-03042018

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretacíon conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, Año 9, No 2, 2011, pp. 531–622. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf ;

_____. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el descumprimiento del Caso Gelman vs. Uruguay). **Estudios Constitucionales**, a. 11, n. 2, p. 641-694, 2013.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; QUARESMA, Lucas Bacelette Otto. Dois lados da mesma moeda: o tempo no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, ed. 20, p. 639-654, jul-dez 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v10n2/1808-2432-rdgv-10-2-0639.pdf

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Diálogo interjurisdicional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011. **Revista Estudios Constitucionales**, Ano 10, nº 2, 2012, pp. 57 - 140. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v10n2/art03.pdf.

HARTMANN, Ivar A.; KELLER, Clara Iglesias; VASCONCELOS, Guilherme; NUNES, José Luiz; CARNEIRO, Leticia; CHAVES, Luciano; BARRETO, Matheus; CHADA, Daniel; ARAUJO, Felipe; TEIXEIRA, Fernando. **O Impacto no Sistema Prisional Brasileiro da**

Mudança de Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre Execução da Pena antes do Trânsito em Julgado no HC 126.292/SP – Um estudo empírico quantitativo. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-fgv-presuncao-inocencia.pdf

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**. 18 ed., 2013, p. 215-235. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32493.pdf;

MINEO, R.N., KAROLENSKI, N.R. **Execução Provisória da Pena: Uma análise de sua constitucionalidade e convencionalidade**. 2017. Disponível em: http://www.cesuap.edu.br/anais/congresso-multidisciplinar-2017/poster/ciencias-humanas/0022.pdf

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano**: doctrina y jurisprudencia. 2. ed. Santiago: Librotecnia, 2012.

VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. **Execução Provisória** – Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos? 2016. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016

2. FONTES DOCUMENTAIS

SUPREMO Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Relator Min. Teori Zavaski. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246

_____. Habeas Corpus 152.752 Paraná. Relator Min. Edson Fachin. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Manifestação Defensorial. 2018. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/manifestação%20DPSP.pdf

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório 66/01 Caso 11.992 Dayra María Levoyer Jiménez Vs Ecuador. 14 de junho de 2001. Disponível em: http://www.cidh.org/annualrep/2001port/Ecu11992.htm

_____. Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

_____. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

_____. Caso Ricardo Canese Vs Paraguai. Sentença de 31 de agosto de 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

_____. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 02 de septiembre de 2004(a). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf

_____. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004(b). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

_____. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf

_____. Caso Servellón García y Otros Vs Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf

_____. Caso La Cantuta Vs Peru. Sentencia de 29 de noviembre de 2006(a). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf

_____. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

_____. Caso Albán Cornejo y outros Vs Equador. Sentencia de 22 de noviembre de 2007(a). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf

_____. Caso Bayarri vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf

_____. Caso Barreto Leiva Vs Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf

_____. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

_____. Caso Fernández Ortega y Otros vs. Mexico. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_224_esp.pdf

_____. Caso Rosendo Cantú y Outra Vs Mexico. Sentencia de 15 de mayo de 2011(a). Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf

_____. Caso Arguelles y Otros Vs Argentina. Sentecia de 20 de noviembre de 2014. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf

_____. Caso Ruano Torres y Otros Vs. El Salvador. Sentencia de 5 de octubre 2015. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf